



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 31

DOM
2017-08-15
Meddelad i Stockholm

Mål nr
8702-17

SÖKANDE

Ework Group AB, 556587-8708
Mäster Samuelsgatan 60
111 21 Stockholm

MOTPART

PostNord Sverige AB, 556711-5695
105 00 Stockholm

Ombud: Bolagsjurist Niklas Nordh

SAKEN

Offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 862822

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30

BAKGRUND

PostNord Sverige AB (PostNord) genomför en upphandling av ramavtal avseende konsultmäklartjänster, ärendenummer 16/124. Upphandlingen sker enligt reglerna om förhandlat förfarande i den äldre lagstiftningen, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF. Av underrättelse om beslut daterat den 5 april 2017 framgår att PostNord avser att ingå ramavtal med annan anbudsgivare än Ework Group AB (Ework).

YRKANDEN M.M.

Ework ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Ework anför bl.a. följande. Utvärderingen av anbudsgivare baseras på avropstyper som inte är förenliga med gällande upphandlingslagstiftning för ramavtal med en leverantör där samtliga villkor är fastställda och där alla villkor som ska ligga till grund för framtida avrop framgår av ramavtalet.

Upphandlingen avsåg att upphandla en leverantör till ett ramavtal där samtliga villkor är fastställda. Utvärderingskriteriet var anbudsgivarens anbudssumma, vilken beräknas som summan av efterfrågade olika tjänster, enligt de priser som anbudsgivaren angivit i prismatrisen ”Förmedlingsavgifter”. Utvärderingskriteriet för anbudsgivarens pris baserades på följande fyra avropstyper:

1. Förmedlingsavgift, Konkurrensutsatt Konsult
2. Förmedlingsavgift, Utpekad Konsult
3. Förmedlingsavgift, Migrerad Konsult
4. Förmedlingsavgift, Fastprisuppdrag

Utvärderingsmodellen strider mot upphandlingslagstiftningen, eftersom den innehåller avropstyper som inte är förenliga med gällande lagstiftning. Vid avropstyperna Utpekad Konsult och Migrerad Konsult ligger beslutanderätten hos PostNord. När beslutanderätten av val av underleverantör i praktiken ligger kvar hos PostNord går det inte att garantera att avropen i dessa situationer sker utan godtycke och subjektiva preferenser. Det är inte förenligt med upphandlingslagstiftningen att utforma, eller i praktiken tillämpa, ett ramavtal som innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten kan välja underleverantör fritt. Enligt p. 4.3.11–4.3.14 i förfrågningsunderlaget har PostNord i praktiken kvar beslutanderätten i avropsprocessen. Dessutom har PostNord genom upphandlingen möjlighet att utpeka konsulter, det vill säga en möjlighet att fritt välja underleverantör utan konkurrens. Leverantören av konsultmäklartjänsterna utför i detta fall enbart en administrativ registrering av uppdraget. Leverantören utför inte något sökande arbete för att för upphandlande myndighets räkning finna den ekonomiskt mest fördelaktiga konsulten för uppdraget. Beslutet angående vilken konsult som ska tas in för uppdraget vilar således helt på den upphandlande myndigheten. Detta är inte förenligt med upphandlingsrättens grundläggande principer. Det är leverantören som ska göra urvalet av vilken vara, tjänst eller byggtreprenad som ska levereras för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska få sitt behov tillgodosett. En upphandlande myndighet eller enhet får inte i samband med ett avrop peka ut en leverantör på marknaden och kräva att mellanhanden tar in denna som underleverantör. En sådan situation måste ses som att den upphandlande myndigheten eller enheten ger sig själv fritt skön.

Den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska vinna upphandlingen. Om utvärderingen baseras på avropspriser som inte är förenliga med upphandlingslagstiftningen kan dessa inte anses ligga till grund för tilldelning. Ework har i sin prissättning anpassat sig till gällande regelverk och på så sätt inte kunnat erbjuda ett konkurrenskraftigt

pris. Ework har därför inte tilldelats ramavtalet och kommer att lida skada i utebliven möjlig försäljningsintäkt.

PostNord bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. PostNord har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF. PostNord har inte upphandlat ett ramavtal med samtliga villkor fastställda. Något krav på att ett ramavtal med en enda leverantör måste reglera samtliga villkor återfinns inte heller i LUF.

Vidare anför PostNord bl.a. följande. Ramavtal får tillämpas enligt LUF. I övrigt saknas bestämmelser som reglerar hur upphandlande enheter får upphandla ramavtal eller hur tilldelning av kontrakt/avrop som görs med stöd av ett ramavtal ska ske. Samtidigt är det klart att det inte har varit lagstiftarens avsikt att bestämmelserna som reglerar tilldelning av kontrakt i försörjningssektorn ska tolkas i ljuset av de detaljerade bestämmelserna avseende ramavtal i den klassiska sektorn. Tvärtom framgår det av förarbeten till LUF att upphandlande enheter har stor frihet att utforma hur avrop ska genomföras från tecknade ramavtal under förutsättningen att lagens grundläggande principer respekteras. Avsaknaden av en reglering avseende förnyad konkurrensutsättning i LUF innebär inte heller något förbud mot att den upphandlande enheten kan ta in nya anbud i samband med tilldelning av kontrakt/avrop under befintliga ramavtal utan ett sådant förfarande är fullt tillåtet. Vidare kan ett avrop under ett ramavtal upphandlat enligt LUF med en enda leverantör föregås av en förhandling förutsatt att ramavtalet innehåller uppgifter om vad en sådan förhandling ska omfatta. Det finns således inte några hinder för en upphandlande enhet att i samband med avrop förhandla med antagen leverantör i ett förfarande som liknar en förnyad konkurrensutsättning. Det finns inte heller några begränsningar för upphandlande enheter att tillämpa andra förfaranden för tilldelning förutsatt att grundprinciperna i lagen beaktas.

Enligt förfrågningsunderlaget kommer respektive konsultkandidat att behandlas som ett eget anbud och PostNord kommer med utgångspunkt i kompetensprofilen, eventuellt preciserade krav samt förutsättningarna i ramavtalet, sammantaget att verifiera att offererade konsulter lever upp till ställda krav. PostNord kommer endast att neka en konsultkandidat som inte uppfyller de ställda kraven. Den i p. 4.3.11–4.3.14 förfrågningsunderlaget beskrivna processen för avrop gäller för samtliga konsulttyper, vilket tydligt framgår. Urvalet av konsulter kommer att ske på samma sätt för alla konsulter och något undantag kommer inte att göras. I de fall PostNord avropar konsulttypen Utpekad Konsult eller Migrerad Konsult ska ramavtalsleverantören fortfarande följa den process för tillsättning av uppdrag som följer av kravspecifikationen. Endast i de fall där en Utpekad Konsult eller Migrerad Konsult anses uppfylla alla krav och samtidigt utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i förhållande till övriga konsultkandidater kommer en sådan att tilldelas uppdraget. Det finns således inte utrymme för, eller önskemål om, någon skönsmässig beslutanderätt, som Ework påstår, utan tillsättningen baserar sig enbart på objektiva grunder utifrån behovet i varje enskild tillsättning och utifrån beskriven process i upphandlingen. Vidare ska, enligt PostNords mening, priset för Utpekade och Migrerade Konsulter vara lägre, eftersom PostNord själv står för marknadsanalysen och identifierar dem. Synsättet har påverkat utformningen av utvärderingsmodellen och anbudsgivare har haft möjlighet att sätta olika förmedlingsavgifter per konsulttyp. Det har även varit möjligt att offerera samma förmedlingsavgifter om så önskats, vilket Ework gjort. Förfarandet för hur tillsättning av uppdrag genomförs är transparent, icke-diskriminerande och särbehandlar inte någon anbudsgivare. PostNord kan inte heller skönsmässigt välja underleverantör. Den utvärderingsmodell som PostNord tillämpat strider således inte mot LUF.

Om domstolen skulle finna att upphandlingen i något avseende inte har följt principerna i LUF har Ework inte lidit någon skada på grund härav. I vart

fall har Ework inte visat på vilket sätt Ework lidit eller riskerar att lida skada på grund av någon sådan avvikelse. Även om ersättningen för Migrerad Konsult och Utpekad Konsult skulle utgå från utvärderingsmodellen skulle Ework ändå inte ha ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud för att erbjudas att ingå ramavtal med PostNord.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

LUF har upphävts genom lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017 varför LUF är tillämplig.

Enligt 5 kap. 1 § LUF får en upphandlande enhet ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster i denna lag.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Det sistnämnda ger uttryck för principen om transparens som bl.a. innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. En anbudsgivare ska exempelvis genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att bedömas.

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten

enligt 16 kap. 6 § LUF besluta att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Bestämmelserna om ramavtal i försörjningslagen reglerar inte de olika former av ramavtal som behandlas i klassiska lagen. Att förfarandena i försörjningsdirektivet inte reglerats på ett lika detaljerat sätt som i klassiska direktivet kan förmodas bero på att generellt sett en större frihet tillåts vid upphandling inom försörjningssektorerna än vid upphandling inom den klassiska sektorn. Även vid upphandling inom försörjningssektorerna gäller att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om icke-diskriminering, öppenhet osv. ska respekteras (prop. 2006/07:128 s. 176 f.).

Förvaltningsrättens bedömning

Ework har gjort gällande att upphandlingen strider mot LUF eftersom utvärderingen av anbudsgivare baseras på avropstyper som inte är förenliga med de grundläggande principerna. Vid avropstyperna Utpekad Konsult och Migrerad Konsult ligger, enligt Eworks mening, beslutanderätten kvar hos PostNord. Vidare anser Ework att även p. 4.3.11–4.3.14 i förfrågningsunderlaget i praktiken ger PostNord en fri beslutanderätt vid val av underleverantör, vilket strider mot kraven på likabehandling och transparens. PostNord har i huvudsak invänt att den i förfrågningsunderlaget beskrivna processen för avrop gäller för samtliga konsulttyper och att urvalet av konsulter kommer att ske på samma sätt för alla konsulter. Tillsättningen baserar sig således enbart på objektiva grunder utifrån behovet i varje enskild tillsättning och utifrån beskriven process i upphandlingen.

Av transparens-och likabehandlingsprinciperna följer att det inte är tillåtet för en upphandlande enhet att i något skede av en upphandling agera godtyckligt. Detta innebär t.ex. att ramavtal som gör det möjligt för den upphandlande enheten att vid avrop från avtalet fritt välja underleverantör, inte

är förenliga med LUF, eftersom det i dessa fall inte går att garantera att avropen sker utan godtycke och subjektiva preferenser. En upphandlande enhet kan inte heller i samband med ett avrop peka ut en leverantör och kräva att ramavtalsparten tar in den som underleverantör, eftersom det ses som att den upphandlande myndigheten ger sig själv fritt skön (jfr Konkurrensverkets och Upphandlingsmyndighetens rapport: ”Mellanhänder i offentlig upphandling” [2017:1] s. 11 och 82 f.).

I p. 1.4 i förfrågningsunderlaget definieras bl.a. följande begrepp.

”Migrerad Konsult – Konsult, som innan detta uppdrag hos Leverantören påbörjades, arbetade mot ingående PostNord-koncernbolag fast via annan part. Utpekad Konsult – Konsult som pekats ut på individbasis av ingående PostNord-koncernbolag.”

I p. 4.3.13 stadgas följande.

”a) Ingående PostNord-koncernbolag ska ha möjlighet att träffa konsultkandidater för intervju innan överenskommelse om avrop ingås. Ingående PostNord-koncernbolag ska ha möjlighet att tacka nej till samtliga erbjudna konsultkandidater. Leverantören ska i sådana fall erbjuda ingående PostNord-koncernbolag minst en annan konsultkandidat med motsvarande kompetens och pris som de först föreslagna konsultkandidaterna.

b) Anbudsgivaren ska acceptera att ingående PostNord-koncernbolag slutligt godkänner eller förkastar Anbudsgivarens förslag på konsultkandidat.”

I p. 4.3.14 stadgas bl.a. följande.

”Anbudsgivaren ska för varje uppdrag:

- Analysera och formulera det aktuella konsultbehovet med utgångspunkt i det av ingående PostNord-koncernbolag beskrivna uppdraget.
- Inventera, bedöma och föreslå konsultkandidater.
- Kvalitetssäkra kompetens hos såväl Underleverantör som konsultkandidater.
- Offerera CV:n på minst tre (3) konsultkandidater som matchar angiven kompetens och prisnivå. Samtliga föreslagna konsultkandidater bör finnas tillgängliga vid önskat startdatum för uppdraget. Detta ska göras inom tre (3) arbetsdagar efter mottagande av uppdragsförfrågan. Detta krav benämns ”SLA” i detta Förfrågningsunderlag.
- Om ingående PostNord-koncernbolag så kräver ska minst två (2) av de föreslagna konsultkandidaterna inte vara anställda av Leverantören.
- Förhandla fram bästa priser med relevant/a konsultkandidat/er.
- Föreslagen och godkänd Konsult ska finnas tillgänglig vid avtalad tid för uppdragets start.

- Genom rimlig ansträngning säkerställa att konsultbehovet har genomgått ingående PostNord-koncernbolags vid var tid gällande dispensprocess för konsulter.
- Upprätta erforderliga uppdragsavtal.
- Vidarebefordra Konsulters tidsrapport och redogörelser för eventuella kostnadsersättningar som ingående PostNord-koncernbolag ska betala.”

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte finns något krav i LUF på att ett ramavtal som upphandlats med en leverantör fastställer alla villkor för framtida avrop. Ett avrop kan således föregås av förhandling, förutsatt att ramavtalet reglerar vad en sådan förhandling ska innehålla (jfr Konkurrensverkets beslut dnr 155/2013). Vad gäller p. 4.3.13 har PostNord anfört att det endast är konsultkandidater som inte uppfyller kravspecifikationen som kommer att nekas. Att PostNord förbehåller sig rätten att neka föreslagna konsulter för det fall konsulten inte uppfyller de särskilda krav som ställs är enligt förvaltningsrättens mening inte något som innebär att PostNord har en fri beslutanderätt vid val av underleverantör. Ett sådant förfarande är i stället, med hänsyn till den förhandlingsmöjlighet som finns vid avrop från ramavtal enligt LUF, att ses som fullt tillåtet. Förvaltningsrätten anser således att PostNords möjlighet att tacka nej till erbjudna konsultkandidater inte står i strid med principerna om likabehandling och transparens.

I p. 4.3.14 stadgas den tillsättningsprocess som leverantören ska förhålla sig till vid avrop. Av kravet framgår att leverantören ska följa den beskrivna tillsättningsprocessen vid varje uppdrag, dvs. oavsett vilken konsulttyp som avropas. Ework har anfört att beslutanderätten av val av underleverantör trots detta finns kvar hos PostNord vid avrop av Utpekad Konsult och Migrerad Konsult. Förvaltningsrätten konstaterar att PostNord vid dessa avropstyper förvisso kan identifiera och föreslå konsulter i fråga. Förvaltningsrätten anser emellertid inte att det i målet har framkommit att PostNord därmed ges möjlighet att fritt välja ut en underleverantör utan tillbörlig konkurrens. Av förfrågningsunderlaget framgår tvärtom att

leverantören alltid ska föreslå minst tre konsultkandidater som matchar angiven kompetens och prisnivå. Förvaltningsrätten finner vidare att det inte framgår annat än att utvärderingen av konsulter kommer att utgå från objektiva uppställda krav oberoende av vilken konsulttyp som avropas. Av allt att döma kommer den konsult som slutligen tas in för ett uppdrag således vara den som motsvarar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Avropstyperna Migrerad Konsult och Utpekad Konsult medför därför inte, enligt förvaltningsrättens mening, att PostNord ges fri beslutanderätt över valet av underleverantör. Avropstyperna strider således inte mot principerna om likabehandling och transparens. Det har därmed inte heller stått i strid med LUF att använda en utvärderingsmodell där förmedlingsavgifterna för dessa avropstyper ligger till grund för utvärderingen av anbud. Mot den bakgrunden finner förvaltningsrätten att det inte är visat att PostNord, vid upphandlingen av det aktuella ramavtalet, har brutit mot några bestämmelser eller grundläggande principer för offentlig upphandling.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som Ework har anfört i målet inte utgör omständigheter som visar att PostNord genomfört upphandlingen i strid mot LUF. Eworks ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Mårten Garnau
Förvaltningsrättsfiskal

Förvaltningsrättsnotarien Mikael Stade har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.